



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA  
**GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS**

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL** n.º 0002147-94.2011.815.0171

**ORIGEM** : 1ª Vara da Comarca de Esperança  
**RELATOR** : Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.  
**APELANTE** : Joana maria de Souza Dantas  
**ADVOGADO** : Marcos Antônio Inácio da Silva  
**APELADO** : Município de Esperança  
**ADVOGADO** : Luciano Pires Lisboa

**PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO** – Remessa oficial – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde – Regime jurídico estatutário – Indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP – Inteligência do art. 239, § 3º, da Constituição Federal c/c Lei 7.859/89 – Indenização devida – Pretensão ao décimo terceiro salário – Pleito social – Inteligência do art. 39, § 3º da CF – Pagamento – Fato extintivo do direito do autor – Ônus do réu (art. 333, II, do CPC) – Não comprovação – Jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça.

— A Constituição da República em seu art. 39, § 3º, estendeu aos servidores públicos, independentemente da natureza do vínculo, alguns direitos sociais próprios dos empregados celetistas, dentre os quais o décimo terceiro salário e o gozo de férias

com pelo menos 1/3 (um terço) a mais do que o normal.

— O recolhimento do PASEP é obrigação do município, conforme determinado pela lei 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

— O Código de Processo Civil, em seu art. 333, estabelece que incube ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

— Assim, para se eximir de pagar as verbas salariais reivindicadas caberia ao promovido fazer prova do pagamento, posto que se traduz em fato extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não o fez.

**PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO** – Apelação cível – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde – Adicional de insalubridade – Direitos Sociais – Art. 7º c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Ausência de previsão constitucional – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Existência – Não comprovação – Pagamento – Impossibilidade – Manutenção da sentença – Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça – Artigo 557, “caput”, do CPC – Seguimento negado.

— Não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos civis perceberem adicional de insalubridade, essa possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto

no “caput” do art. 37 da CF/88, segundo o qual, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

— Para o Supremo Tribunal Federal, como não há na Constituição da República preceito que determine expressamente o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis, este só poderá ser concedido se houver previsão em lei.

— *“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, “caput” do CPC).*

#### **Vistos, etc.**

Trata-se de Remessa Oficial, conhecida de ofício, e Apelação Cível (fls.307/315) interposta por **JOANA MARIA DE SOUZA DANTAS** em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª vara da Comarca de Esperança, que julgou parcialmente procedente os pleitos exordiais da reclamação trabalhista movida em face do **MUNICÍPIO DE ESPERANÇA**.

Perante a Vara do Trabalho da Comarca de Areia, o autor, qualificado na exordial de fls. 02/07, ingressou com ação de reclamação trabalhista em face da edilidade ré.

Em apertada síntese, aduziu a autora, que em decorrência de aprovação em processo seletivo, exerce, desde 19.02.2000, a atividade de agente comunitário de saúde no município apelado.

Asseverou que em razão das peculiaridades de sua função mantém-se contínua e habitualmente exposta a toda gama de agressores à sua saúde, sem, contudo, perceber o adicional de insalubridade, e nem os encargos salariais decorrentes da relação de trabalho.

Com fulcro nessas razões, pugnou para que seja o demandado, ora apelado, condenado a assinar sua CTPS, com os respectivos recolhimentos previdenciários; aos depósitos do FGTS; ao pagamento das férias acrescidas do terço constitucional, de forma dobrada, integral e proporcional; ao pagamento dos décimos terceiros salários; da indenização compensatória pelo não cadastramento e recolhimento do PIS; e ao pagamento do adicional de insalubridade com reflexo em todas as verbas trabalhistas.

Documentos às fls. 09/21.

Regularmente citado para audiência una (fls.23/24), o demandado ofereceu contestação (fls. 25/41).

Em sentença exarada às fls. 115/133, o MM. Juiz do Trabalho de primeiro grau julgou procedente em parte os pedidos formulados na inicial. Entrementes, em sede de recurso (fls.172/176), o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região anulou a decisão proferida, reconhecendo a incompetência da Justiça do Trabalho e remeteu o caderno processual para o processamento na Justiça Comum Estadual.

Distribuído os autos para Comarca de Esperança, fora determinada a intimação da parte promovente para emendar a inicial, ajustando-a ao procedimento ordinário (fl.182).

Às fls. 183/192 a autora requereu que fossem *“rejeitados os argumentos expendidos na peça contestatória para condenar a promovida ao pagamento dos adicionais de insalubridade em grau médio (20%), com seus reflexos nas demais verbas postuladas, quais sejam, 13º salário, férias + 1/3 e indenização compensatória pelo não recolhimento do PIS/PASEP, honorários advocatícios de sucumbência, com as devidas compensações dos valores eventualmente pagos a igual título”*.

Contestação apresentadas às fls. 207/214, requerendo, em síntese, a improcedência da ação.

Em sentença prolatada às fls. 296/305, o MM. Juiz “a quo” julgou procedente em parte os pedidos, nos seguintes termos, (fl.304):

“Diante do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos inaugurais para condenar o Município de Esperança-PB a pagar à autora, o valor correspondente: 1) um salário por

ano trabalhado a título de indenização pela não inscrição do PIS/PASEP, respeitando a prescrição quinquenal; 2) 13º salários dos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, o qual deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença, com correção monetária pelo INPC a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora de 0,5 %a.m., devidos desde a citação.

Havendo sucumbência recíproca, onde as partes decaíram em parcelas consideráveis de seus pleitos, as despesas processuais devem ser pro rata, com isenção do município demandado, na forma prevista no art.29 da Lei Estadual 5.672/92 (Regimento de Custas do demandado, na forma prevista no art. 29 da Lei Estadual 5.672/92 (Regimento de Custas do Estado da Paraíba) e com exigibilidade suspensa”.

Irresignada, a promovente interpôs recurso de apelação, fls. 307/315, pugnando pela reforma da sentença, sob o argumento de que o adicional de insalubridade perquirido se encontra disciplinado na Constituição Federal, e que o Município não deve se furtar de garantir o seu pagamento sob o argumento da falta de norma específica disciplinadora da matéria, expondo que tal lacuna deve ser preenchida pela aplicação analógica da NR-15 do MTE.

Contrarrazões ofertadas (fls. 318/325).

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fls. 216/220).

É o relatório.

**Decido.**

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, ressalvo que conheço não só deste recurso voluntário, mas também do reexame necessário, pois uma vez ilíquida a sentença primeva, faz-se mister a aplicação da Súmula n.º 490 do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

**Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.** (Grifei).

O caso em comento é simples e nele não há espaço para se tecer elucubrações mais aprofundadas, isto porque como se verá mais adiante, os recursos voluntário e oficial contrariam a

jurisprudência dominante deste Tribunal e dos Tribunais Superiores, sendo, pois, imperativa a negativa de seu seguimento.

### ***l) Do reexame necessário***

Como visto, o Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos do autor, ora recorrido, condenando o Município de Esperança, ao pagamento de um salário por ano trabalhado a título de indenização pena não inscrição do PIS/PASEP, e aos 13º (décimos terceiros) salários dos últimos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem. Agiu acertadamente o magistrado primevo conforme se verá doravante.

#### ***– Da indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP***

O PIS/PASEP consistem em contribuições sociais de natureza tributária, devidas pelas pessoas jurídicas, com objetivo de financiar o pagamento do seguro-desemprego, abono e participação na receita dos órgãos e entidades para os trabalhadores públicos e privado.

O art. 239 da Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento)

[...]

§ 3º - Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição."

Assim, sendo o autor servidor público municipal deveria o Município tê-lo inscrito no programa, bem como recolher

as contribuições devidas, o que torna indene sua legitimidade para responder pelo PASEP do requerente.

Registre-se, ainda, que após cinco anos de cadastro no PASEP os servidores têm direito a um abono salarial correspondente a um salário mínimo vigente anual conforme a inteligência da 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, parágrafo 3º, da Constituição Federal:

“Art. 1º - É assegurado o recebimento de abono anual, no valor de um salário mínimo vigente na data do respectivo pagamento, aos empregados que:

I - perceberem de empregadores, que contribuem para o Programa de Integração Social (PIS) ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado, e que tenham exercido atividade remunerada pelo menos durante trinta dias no ano-base

Portanto, não havendo o autor percebido os valores que lhe eram devidos pela omissão do Município em providenciar o seu cadastramento no Programa de Formação do Servidor Público (PASEP), deve este arcar com a indenização ao requerente de forma proporcional ao período trabalhado.

Em casos análogos este Sinédrio vem decidindo neste sentido:

*REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. INSCRIÇÃO TARDIA NO PROGRAMA DE FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO. PASEP. INDENIZAÇÃO DEVIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO. É de competência exclusiva do município, no caso em questão, cadastrar seus servidores no programa rais, e recolher, mensalmente, o PASEP, a partir do ato de nomeação. Nos termos do §3º do art. 239 da cf/88, é assegurado ao servidor público que receber remuneração inferior a dois salários mínimos, e cadastrado no PASEP (lei complementar nº 08/1970) há pelo menos cinco anos, o pagamento anual de um abono no valor correspondente a um salário mínimo (art. 1º, I e II, da Lei nº 7.859/89). (...).*

*Remessa Oficial e Apelação Cível n.º 0002147-94.2011.815.0171 (TJPB; ROF 0019385-92.2009.815.0011; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Juiz Conv. Ricardo Vital de Almeida; DJPB 10/03/2014). (Grifei).*

**Também:**

*APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL CONHECIDA DE OFÍCIO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONVERTIDA EM AÇÃO DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA EM PARTE. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. REJEIÇÃO. EMPENHO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABIA À EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. VIGÊNCIA DE CONTRATO TEMPORÁRIO ATÉ SER EFETIVADO. PERCEPÇÃO DE FÉRIAS EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DO VÍNCULO. CONVERSÃO EM PECÚNIA DE FÉRIAS NÃO GOZADAS. DESCABIMENTO. POSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO A QUALQUER TEMPO ENQUANTO NÃO ROMPIDO O VÍNCULO E AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL REGULAMENTANDO A CONVERSÃO. GRATIFICAÇÕES NATALINAS. CABIMENTO. PAGAMENTO NÃO DEMONSTRADO PELA EDILIDADE. SALDO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FGTS. VERBA CELETISTA. AFASTAMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO À PERCEPÇÃO. ATIVIDADE DESEMPENHADA SUJEITA AO CONTATO DIRETO COM FATORES PATOGENÉTICOS. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA. APLICAÇÃO DA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. GRAU MÉDIO. PRECEDENTES DA QUARTA CÂMARA CÍVEL DESTA SODALIDADE. **AUSÊNCIA DE CADASTRAMENTO E RECOLHIMENTO NO PIS/PASEP. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. DESCABIMENTO. COMPROVAÇÃO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. HONORÁRIOS AVOCATÍCIOS EQUITATIVAMENTE ARBITRADOS. REFORMA DO DECISUM. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO E DA REMESSA.*

[...]

**No que diz respeito à indenização pelo não cadastramento e recolhimento do pis/pasep, estão presentes os requisitos autorizadores, a fim de indenizar o autor, em razão da edilidade não ter efetuado a inscrição do pis/pasep, no período devido.**

[...]

(TJPB; Rec. 098.2011.001212-1/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Desig. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 14/08/2013; Pág. 17).  
(Grifei).

**Ainda:**

**APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE MUNICÍPIO DE PATOS. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 3.927/2010. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. PAGAMENTO DEVIDO COM REFLEXOS NO TERÇO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. **INDENIZAÇÃO DO PIS/PASEP. PAGAMENTO DEVIDO. FÉRIAS. NÃO DEVIDAS. CONFISSÃO DO SEU RECEBIMENTO PELA AUTORA. TERÇO CONSTITUCIONAL E 13º SALÁRIOS. ADIMPLEMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO. VERBAS DEVIDAS QUANTO AOS DEMAIS PERÍODOS NÃO PAGOS. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DE CADA INADIMPLEMENTO COM BASE NA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E PERCENTUAL DA CADERNETA DE POUPANÇA APENAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.960/2009. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA VERIFICADA. APELO AUTORAL E REMESSA DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDOS.****

- Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda.

- A partir da edição da Lei Municipal nº 3.927/2010, é devido aos agentes comunitários de saúde o adicional pelo desempenho de atividade insalutífera, no valor de R\$ 108,00 (cento e oito reais), sendo cabível seus reflexos sobre o terço de férias e décimo terceiro salário.

- **O Município possui a obrigação de depositar os valores referentes ao referido programa em benefício do servidor público que presta serviços a seu favor, a**

**teor do que determina a Lei 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, § 3º, da Constituição Federal.**

- O 13º salário e o terço de férias são garantias constitucionalmente garantidas aos trabalhadores celetistas e extensíveis àqueles com vínculo jurídico-administrativo, nos termos do art. 39, §3º, da Constituição Federal de 1988. - A confissão da promovente quanto ao recebimento das férias obstacula o deferimento dessa verba.

- As fichas financeiras juntadas aos autos demonstram o pagamento parcial das verbas relativas ao terço de férias constitucional e ao 13º salário, de modo que as parcelas referentes aos períodos não abrangidos pelos extratos devem ser adimplidos pelo Município.

- Como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os juros moratórios e correção monetária das verbas reconhecidas devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência. Já o período anterior deve observar a redação antiga. - Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, na medida da derrota de cada parte, conforme o disposto no caput do art. 21 do CPC.

(TJPB; ROAC 0002532-59.2012.815.0251; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 21/05/2014). (Grifei).

Mantém-se, assim, a sentença vergastada com relação a este tópico.

### **– Do décimo terceiro salário**

Pelos serviços prestados faz jus o trabalhador não apenas ao seu salário, mas a outros direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral, tanto sob o regime celetista, quanto nas relações com a Administração Pública.

Isto porquea Constituição Federal em seu art. 39, § 3º estendeu aos servidores públicos, independentemente do vínculo, alguns direitos sociais previstos no art. 7º, próprios dos empregados celetistas, dentre os quais, o direito ao décimo terceiro salário (art. 7º, XVII, da Constituição Federal).

Corroborando, decisão deste Sinédrio:

APELAÇÃO. Ação sumária de cobrança. Servidora pública municipal. **Indenização de salário, de férias, de terço férias e de décimo terceiro. Possibilidade. Ônus da prova da edilidade.** Manutenção da sentença. Desprovisionamento do apelo.

- É direito líquido e certo de todo servidor público, ativo ou inativo, perceber seu salário pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada.

- **O ente público que, arbitrariamente, deixa de pagar os salários dos seus servidores, incluindo o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, é obrigado a fazê-lo, evitando prejuízos irreparáveis àqueles, por se tratar de verba de natureza alimentar.**

- É ônus do ente público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa a apelada, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

(TJPB; AC 0000641-47.2013.815.0031; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 25/04/2014; Pág. 15). (Grifei).

Assim, sendo tal verba devidas a servidora, independentemente do vínculo firmado entre as partes, conforme estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil<sup>1</sup>, incumbe a ela o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito da autora.

Da análise percuciente dos autos verifica-se que a autora se desincumbiu do seu ônus demonstrando o seu vínculo com o Município através da colação dos documentos de fls.12/21; em contrapartida, caberia à edilidade fazer prova do pagamento das verbas pleiteadas, o que não o fez.

Nesse toar, transcreve-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA DE COMPROVAR O ADIMPLENTO DOS TÍTULOS PLEITEADOS. AUSÊNCIA DE PROVAS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 333, II, DO CPC. TERÇO CONSTITUCIONAL, CUJO PAGAMENTO DEVE SER REALIZADO INDEPENDENTE DO GOZO DAS FÉRIAS.

<sup>1</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA MANTIDA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO QUE SE IMPÕE.

**1. Em ação de cobrança, é ônus do Município comprovar o pagamento das verbas salariais. Não havendo essa comprovação, impõe-se a condenação do ente público, como na espécie TJPB, Apelação Cível nº 035.2011.000.337-9/001, de minha relatoria, 1ª Câmara Cível, DJPB 18/12/12. A comprovação da condição de funcionário é suficiente para a cobrança de verbas salariais retidas e não pagas, cabendo ao empregador o ônus de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, que afaste o direito do empregado ao recebimento das parcelas pleiteadas TJPB, Decisão Monocrática na Apelação Cível nº. 021.2010.000.053-4/001, Relator Des. José Ricardo Porto, DJPB 05/10/2012. É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório . TJPB, Remessa Oficial e Apelação Cível nº 02120090015500001, Relator Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, 3ª Câmara Cível, j. em 12/07/2012. (...)**

(TJPB - Acórdão do processo nº 02120090015948001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DESª MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA - j. Em 20/02/2012). (Grifei)

**E:**

“APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO AO PERCEBIMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRENCIA. APLICAÇÃO DO ART. 131, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. REJEIÇÃO. EMPENHO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABIA À EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- Em determinadas situações, não se caracteriza a ocorrência do cerceamento do direito de defesa, quando o magistrado julgar a lide de imediato por já possuir

elementos suficientes para o seu convencimento, haja vista ser ele o destinatário do acervo probatório.

**- É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.”**

(TJPB - Acórdão do processo nº 09820110015991001 - Órgão (4ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DR. ONALDO ROCHA DE QUEIROGA - j. em 15/01/2013). (Grifei)

**Mais:**

“COBRANÇA. Servidor público. Retenção injustificada de remuneração. Procedência da demanda. Apelação Cível. Preliminar de prescrição quinquenal. Acolhimento. Fragilidade de provas. Provimento Parcial.

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito Reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação” (SÚMULA 85, STJ).

**Constitui ônus do réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de acordo com o estabelecido no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.”**

(TJPB – 4ª Câmara, AP nº. 038.2005.000070-2/001, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, j. 21/02/2006). (Grifei)

Portanto, face à ausência da demonstração, no momento oportuno, de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da demandante, cujo ônus é do réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, nenhum reparo merece a sentença quanto a condenação ao pagamento das referidas verbas.

## ***II) Da apelação cível***

Requer a autora/apelante a reforma da sentença sob o argumento de que o adicional de insalubridade perquirido se encontra disciplinado na Constituição Federal, e que o Município não deve se furtar de garantir o seu pagamento sob o argumento da falta de norma específica disciplinadora da matéria, expondo que tal lacuna deve ser preenchida pela aplicação analógica da NR-15 do MTE.

Ressalva-se que a pretensão perseguida pelo recorrente encontra óbice no princípio da legalidade, previsto no “caput”

do art. 37 da CF/88<sup>2</sup>. É que conforme outrora explicitado, o § 3º do art. 39 da Constituição Federal<sup>3</sup> disciplina os direitos sociais dos servidores públicos, categoria assim tomada na sua acepção jurídico-administrativa.

Entretantes, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade. Quer dizer que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inc. XXIII do art. 7º da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Desta forma, busca o apelante, como se vê, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT<sup>5</sup>).

Ocorre que não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos perceberem adicional de insalubridade, ou seja, não estabelecendo ela qualquer critério ou regra para o pagamento do citado adicional, esta possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que se encontra previsto no “caput” do art. 37 da CF/88<sup>6</sup>.

Deixa transparecer esse princípio que, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

Nesse sentido, ensina **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**<sup>7</sup>:

<sup>2</sup>“**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

<sup>3</sup> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir

<sup>4</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

<sup>5</sup> “**Art . 192** - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.”.

<sup>6</sup> “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

<sup>7</sup>“Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

*“Na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”.*

**MORAES**<sup>8</sup>:

No mesmo tom, elucida **ALEXANDRE DE**

*“O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º., II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o **administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei** e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois **na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba**. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.*

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, apesar do desprestígio da lei, “o princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil.”.*

Por tal fundamento, e considerando que não é dado ao intérprete alargar o âmbito de hermenêutica constitucional de enunciado normativo, sob pena de importar em visível afronta a decisão do constituinte, o acolhimento do intento da autora/apelante dependeria de lei específica local, regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual, cuja existência não comprovou a recorrente, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

Assim, havendo omissão quanto à edição de lei, não há como albergar a pretensão manejada, ainda que o ambiente de trabalho se enquadre em uma situação inóspita.

---

<sup>8</sup> In “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 1ª. edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002, pág. 781.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP<sup>9</sup>:

*“Para o desate específico do presente caso, o que há de prevalecer é que o art. 192 da CLT e o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição não podem ser invocados para reger as relações estatutárias.*

(...)

*A Constituição da República não estabelece qualquer critério ou regra para o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis. Aliás, na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição não há qualquer menção ao pagamento de adicional em razão do exercício de atividades insalubres e o art. 39, § 3º, não inclui no rol de direitos aplicáveis aos servidores públicos civis o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República.”* (Grifei)

E conclui:

*“Não há, portanto, parâmetro expresso na Constituição da República para determinar a base de cálculo do adicional de insalubridade dos recorrentes, o que haverá de constar de lei.”* (Grifei)

Supremo Tribunal Federal:

No mesmo sentido, eis outro julgado do

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. 1. Questão dirimida no Tribunal de origem à luz do conjunto fático-probatório e de normas de direito local. Incidência dos óbices dos Verbetes ns. 279 e 280 da Súmula do STF. 2. Adicional de insalubridade necessidade de previsão legal para sua concessão. Agravo regimental não provido.”*<sup>10</sup> (Grifei)

Egrégia Câmara Cível decidiu:

Em caso semelhante ao dos autos, esta

<sup>9</sup> RE 565714, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-06 PP-01189 RTJ VOL-00210-02 PP-00884

<sup>10</sup> STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

Remessa Oficial e Apelação Cível n.º 0002147-94.2011.815.0171

*“APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE SÃO MAMEDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE DE LIMPEZA PÚBLICA. PLEITO RECURSAL QUE PUGNA POR PRODUÇÃO DE PROVA INDEFERIDA PELO JUÍZO PRIMITIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. APELO IMPROVIDO. - Encontrando-se o juiz singular pronto para proferir o julgamento, diante da liberdade que lhe conferida pela lei para apreciar as provas dos autos e formar seu convencimento, poderá ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, e assim, antecipar o deslinde da causa. - REMESSA DE OFÍCIO. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE DE LIMPEZA PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO MAMEDE. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA PELA LEI MUNICIPAL. NÃO PREVISÃO DE PERCENTUAIS E BASE DE CÁLCULO. APLICABILIDADE SUPLETIVA DE LEI DEVE SER ANTECEDIDA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REFORMA DO DECISUM. PROVIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO. - Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda. - Não havendo previsão legal dos elementos indispensáveis à concessão do adicional de insalubridade, como o seu percentual e sua base de cálculo, não se pode aplicar supletivamente a legislação trabalhista, a estadual ou a federal, relativa a servidores públicos, se não houver dispositivo legal no âmbito municipal que o autorize.***

*TJPB - Acórdão do processo nº 0000622-57.2011.815.0501 - Órgão (2ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO - DJPB 06/02/2014” (Grifei)*

E colocando fim a qualquer controvérsia existente o tema em debate foi objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, julgado recentemente pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, no qual foi aprovado a súmula 42, com o seguinte teor:

*“**Súmula 42.** O pagamento do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer”.*

Ademais, cabe ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, criar, aumentar ou estender vantagem a servidores públicos, eis que acabaria por onerar os cofres públicos com uma despesa que não possui dotação orçamentária.

Destarte, essa conjuntura não deixa espaço para outro caminho senão o da improcedência do pedido em foco, eis que inexistente base legal para a concessão do adicional de insalubridade para os agentes comunitários de saúde do Município de Esperança.

Outrossim, se os recursos, voluntário e oficial, mostram-se contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Colendo STF, ou de Tribunal Superior, é aplicável o art. 557, “caput”, do CPC, numa forma de privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Diz o dispositivo:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

Por tais razões, com fulcro no art. 557, “caput”, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação cível e ao reexame necessário.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 12 de janeiro de 2015.

***Abraham Lincoln da Cunha Ramos***  
***Relator***